

## **Jurisdição e acesso à justiça: a possibilidade de aplicação do *plea bargain* no Brasil como instituto alternativo de solução de conflitos**

### **Jurisdiction and access to justice: the possibility of applying plea bargain in Brazil as an alternative conflict resolution institute**

187

**Marcos Bernardes Rosa<sup>1</sup>****Isaque Xisto Silva<sup>2</sup>****Dênis Alexandre Teixeira Cassimiro<sup>3</sup>****Karine Frade de Souza<sup>4</sup>****Leticia Kimberly Silva<sup>5</sup>****Paulo Ricardo dos Anjos Souza<sup>6</sup>**

**Resumo:** Garantir o acesso à justiça é assegurar que os cidadãos conheçam os seus direitos, que não se resignem quando estes são lesados e que tenham condições de vencer os custos de oportunidade e as barreiras econômicas para aceder livremente à entidade que considera mais adequada para a resolução do litígio, à vista disso, como forma de propiciar a garantia constitucional de acesso à justiça, surgem as formas alternativas de resolução de conflitos. Neste sentido, o objetivo geral deste trabalho é compreender os métodos consensuais de resolução de conflitos como propiciadores do acesso à justiça, buscando como objetivo específico interpretar os obstáculos que impedem tal acesso pleno, realizando uma análise sobre a possibilidade de aplicação do instituto do *plea bargain* no Brasil como meio alternativo de solução de conflitos. Assim, com alicerce nos estudos dos autores Souza (2009), Malizia (2012), Marques (2016), Bittencourt (2017),

<sup>1</sup> Professor de Direito Penal e Formas Consensuais de Solução de Conflitos do curso de Direito no Instituto Ensinar Brasil – Rede Doctum de Ensino, João Monlevade -MG; Mestre em Antropologia Social pela UFMG; Bacharel em Direito pela UFMG. E-mail: bernardesufmg@gmail.com

<sup>2</sup> Graduando do 8º período do Curso de Direito do Instituto Ensinar Brasil – Rede Doctum de Ensino, João Monlevade -MG. E-mail: isaquexisto@gmail.com

<sup>3</sup> Graduando do 8º período do Curso de Direito do Instituto Ensinar Brasil – Rede Doctum de Ensino, João Monlevade -MG. E-mail: isaquexisto@gmail.com

<sup>4</sup> Graduando do 8º período do Curso de Direito do Instituto Ensinar Brasil – Rede Doctum de Ensino, João Monlevade -MG. E-mail: isaquexisto@gmail.com

<sup>5</sup> Graduando do 8º período do Curso de Direito do Instituto Ensinar Brasil – Rede Doctum de Ensino, João Monlevade -MG. E-mail: isaquexisto@gmail.com

<sup>6</sup> Graduando do 8º período do Curso de Direito do Instituto Ensinar Brasil – Rede Doctum de Ensino, João Monlevade -MG. E-mail: isaquexisto@gmail.com

**Recebido em 20/08/2020****Aprovado em 24/09/2020**

nas lições dos doutrinadores criminais, Nucci (2014), Masson (2018), Greco (2019), e Tartuce (2020), e na análise do magistrado Buch (2019), chegamos à conclusão de que, a aplicação do *plea bargain* no Brasil como forma de reduzir a morosidade do judiciário, e dar maior eficácia à tutela jurisdicional, se realizada, deverá ocorrer de maneira regrada, respeitando os princípios processuais e constitucionais já sedimentados, estabelecendo limites nas negociações, garantindo ainda a presença do magistrado e advogado na celebração do pacto, posto que, a Constituição, os princípios e direitos fundamentais, bem como o próprio Estado Democrático de Direito precisam ser respeitados acima de tudo.

**Palavras chave:** *Plea bargain; solução de conflitos; acesso à justiça*

**Abstract:** To guarantee access to justice is to ensure that citizens know their rights, that they do not resign themselves when they are harmed and that they are able to overcome opportunity costs and economic barriers to freely access the entity that they consider most appropriate for the resolution of the litigation, in view of this, as a way of providing the constitutional guarantee of access to justice, alternative forms of conflict resolution arise. In this sense, the general objective of this work is to understand the consensual methods of conflict resolution as providing access to justice, seeking as a specific objective to interpret the obstacles that prevent such full access, conducting an analysis on the possibility of applying the *plea bargain* institute in Brazil as an alternative means of conflict resolution. Thus, based on the studies of the authors Souza (2009), Malizia (2012), Marques (2016), Bittencourt (2017), on the lessons of criminal indoctrinators, Nucci (2014), Masson (2018), Greco (2019), and Tartuce (2020), and in the analysis of magistrate Buch (2019), we came to the conclusion that, the application of *plea bargain* in Brazil as a way to reduce the slowness of the judiciary, and give greater effectiveness to the judicial protection, if carried out, should occur in a regulated manner, respecting the procedural and constitutional principles already established, establishing limits in the negotiations, also guaranteeing the presence of the magistrate and lawyer in the conclusion of the pact, since the Constitution, the fundamental principles and rights, as well as the Democratic State itself. Law must be respected above all.

**Keywords:** *Plea bargain; Conflict resolution; Access to justice*

## I – INTRODUÇÃO

Antes de mais nada, devemos apontar que, a Constituição Federal do Brasil, no rol dos direitos e garantias fundamentais, assegurou, mais especificamente no inciso XXXV do art.5º, o acesso à justiça, assegurando que, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Contudo, percebe-se que existem óbices das mais variadas naturezas que

impedem o acesso pleno ao direito fundamental da “Justiça”, sendo eles de natureza econômica, social, cultural e até mesmo de caráter legal.

Como aponta MALIZIA (2012), garantir o acesso à justiça, é assegurar que os cidadãos conheçam os seus direitos, que não se resignem quando estes são lesados e que tenham condições de vencer os custos de oportunidade e as barreiras econômicas para aceder livremente à entidade que considera mais adequada para a resolução do litígio. Neste sentido, como forma de propiciar a garantia jurisdicional de acesso à justiça, surgem as formas alternativas de resolução de conflitos (também conhecidas como *Alternative Dispute Resolutions*).

Este artigo se propõe a debater o acesso à Justiça no Brasil com base nos estudos dos autores Marcelo Malizia, Jessé Souza, Murilo Marques, Ila Bittencourt, assim como nas lições de doutrinadores criminais de grande renome, como Rogerio Greco, Cleber Masson, Guilherme Nucci, e Fernanda Tartuce, além da análise referente ao tema feita pelo Juiz da Vara de Execuções Penais da Comarca de Joinville/SC, João Marcos Buch. Trazendo para a baila a possibilidade de aplicação do instituto do *plea bargain* como sendo um meio alternativo de resolução de conflitos, e consequentemente um franqueador da chamada Justiça Restaurativa.

Assim sendo, o objetivo geral deste trabalho é compreender os métodos consensuais de resolução de conflitos como propiciadores do acesso à justiça. Desta forma, buscamos como objetivo específico compreender os obstáculos que impedem o acesso à Justiça, realizando uma análise sobre a possibilidade de aplicação do instituto do *plea bargain* no Brasil como meio alternativo de solução de conflitos.

Em primeiro plano, serão abordados aspectos que dizem respeito aos meios adequados de pacificação social, e a possibilidade de aplicação do *plea bargain* com sendo uma figura da negociação, e consequentemente uma forma alternativa de acesso à Justiça. Em segundo plano, abordaremos como seria recepcionado tal instituto em nosso ordenamento jurídico, isso quando colocado frente aos princípios norteadores do Direito Penal, e se este já é aplicado em nossa sociedade de alguma maneira. Por fim, buscamos chegar a alguma conclusão quanto ao emprego do *plea bargain* no Brasil como forma de reduzir a morosidade do judiciário, e dar maior eficácia à tutela jurisdicional.

## **II – Os meios alternativos de resolução de conflitos como forma de garantir o acesso à Justiça**

Conforme MALIZIA (2012), os meios alternativos de resolução de conflitos são mecanismos que permitem a obtenção da resolução de um conflito sem adentrar propriamente na via jurisdicional, assim, consiste em procedimentos de natureza consensual, sendo uma saída aos litígios nos tribunais, que envolvem intervenção de um terceiro. Esses meios alternativos podem ser divididos em basicamente duas categorias, estando de um lado, os meios consensuais/autônomos, aqueles em que as partes têm o controle do resultado e dos termos do processo, sendo que o terceiro é neutro, e de outro lado, os meios adjudicatórios/heterônimos, estes que por sua vez, assentam-se na atribuição de um terceiro o poder de definir a solução do conflito. No gênero, meios alternativos de resolução de conflitos, se destacam algumas espécies, sendo elas, a conciliação, a mediação, a arbitragem, e a negociação. Esta última será o tema central a ser abordado neste trabalho.

Como já citado, existem óbices das mais variadas naturezas, que impedem o acesso pleno ao direito fundamental da Justiça. Neste sentido, segundo Jessé Souza (2009), um dos principais óbices ao acesso à Justiça, seria a postura dos magistrados ante os indivíduos que supostamente praticaram delitos, postura essa que é herança cultural de uma certa mentalidade que nunca chegou a incorporar plenamente a cultura democrática, baseada nos Direitos Humanos e Universais, que foram a principal conquista da formação dos estados modernos, sendo estes juízes, especializados na aplicação da Lei pela Lei (Souza, 2009, cap.14)

Os agentes jurídicos, em grande parte adeptos à linha conservadora do Direito, preocupam-se tão somente em aplicar a Lei nua e crua, não abrindo espaço para diálogo em busca da compreensão do caso concreto, demonstrando claramente a desigualdade de classes, e assim, dificultando o acesso à Justiça propriamente dita. Observa-se neste ponto, que diversos casos devem ser tratados com sensibilidade, isto por envolverem trajetórias cujos *habitus* têm possibilidade de ser propícios para o envolvimento com a criminalidade.

Para Jessé Souza (2009), o importante a ser percebido é que o *habitus*, ou seja, o modo de vida da pessoa é um fator criminógeno. Não é simplesmente a falta de dinheiro para se alimentar ou se vestir um fator causador da criminalidade, vez que, muitas pessoas socialmente “pobres” têm um padrão de comportamento que as caracteriza enquanto “honestas”. Podemos notar que, uma família de seis pessoas com uma renda mensal de dois salários mínimos e *habitus* precário é

bastante diferente de uma família com o mesmo número de pessoas e com a mesma renda, mas que vive num ambiente doméstico estruturado, onde há respeito e ligações afetivas que proporcionam alguma segurança existencial e internalização de noções de dever e responsabilidade. A correta abordagem sociológica nos mostra, portanto, que não é a renda, mas o *habitus* um fator criminógeno.

Portanto, por levarem em conta as trajetórias dos indivíduos envolvidos no conflito, os meios alternativos de resolução de conflitos seriam importantes ferramentas a serem usadas para pacificação social. Contudo, existem entraves que impedem a sua utilização plena, como o citado conservadorismo jurídico, que frente ao caso concreto, não o trata com a sensibilidade necessária, assim, não aplicando plenamente a cultura democrática, baseada nos Direitos Humanos e Universais.

## **II.I – Os meios adequados de pacificação social**

Segundo Petrônio Calmon (*apud* Malizia, 2012), a terminologia mais precisa para se referir a esses meios alternativos, seria “meios adequados de pacificação social”, e surgem na intenção de fugir da complexidade, tecnicismo, e elevados custos dos processos judiciais tradicionais, sendo assim, um modo mais econômico e célere de solução de litígios. Apresentam-se como procedimentos vantajosos para a resolução dos conflitos vista a celeridade, economicidade, e informalidade, que acaba por propiciar a inclusão social, possibilitando ao cidadão um papel ímpar no exercício de sua autonomia para a resolução dos conflitos, pois há a consideração de seus interesses.

Com base em dados do Ministério da Justiça (2005), algumas iniciativas que visam a resolução de conflitos, obtiveram resultados relevantes, como o projeto de mediação extrajudicial da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, onde 71% dos conflitos resolvidos, em seus quatro anos de funcionamento, foram através da mediação.

Todavia, embora se apresentem como sendo algo vantajoso, estes não estão imunes a críticas (Nader, 1994) ressaltando que devem ser dispensados cuidados especiais quando da sua utilização, evidenciando uma série de preocupações. Uma dessas é quanto à possibilidade de resultados injustos dado o desequilíbrio que pode haver entre as partes, o que se verifica em



conflitos envolvendo partes em situações econômicas distintas, o que pode influenciar a parte com menor poder econômico a acordar em razão da falta de recursos, assim, não levando em consideração o contexto social e econômico dos fatos, deste modo, conforme as lições Jessé Souza, estamos diante da ralé estrutural.

A desigualdade social influencia a aplicação do Direito tanto na interação entre os aplicadores do Direito e os réus da ralé, quanto no nível mais propriamente institucional, ou seja, daquilo que diz respeito à própria forma que as instituições assumiram durante a nossa história. Nesse primeiro nível, o da interação, a desigualdade se manifesta na diferença de classe entre o aplicador do Direito e o réu da ralé, a qual determina, muitas vezes, tanto a insensibilidade de classe quanto um certo sadismo por parte dos aplicadores mais conservadores. No segundo nível, verifica-se que a nossa histórica desigualdade construiu instituições que não consideraram as características de uma classe social específica e esquecida enquanto classe, a ralé estrutural. Essas pessoas, devido à socialização de classe, são, por um lado, desprovidas de características como disciplina e comportamento prospectivamente orientado e, por isso, não têm chances de inserção bem-sucedida no mercado de trabalho; por outro lado, devido a essa mesma socialização, adquirem disposições que guardam afinidade com a prática delinquente (Souza, 2009, p.329).

Ressalta-se que, como evidencia FACCHINI (apud Malizia, 2012, p.42), a utilização destes meios, acabaria por retirar das mãos do judiciário os conhecidos “casos pequenos”, consequentemente provocando a elitização da Justiça, afastando assim, das classes mais baixas, a proteção jurisdicional, portanto configurando a insensibilidade de classe. Estes meios também estariam freando o ativismo judicial, pois acabariam por retirar das mãos do Poder Judiciário matérias de interesse coletivo, como as relações de consumo, por exemplo, o que pode levar a abusos contra a parte hipossuficiente.

## **II.II – Formas alternativas de acesso à Justiça**

Conforme se extrai das lições Marcelo Malizia (2012), temos algumas espécies de formas alternativas de resolução de conflitos que tendem a possibilitar a resolução dos litígios sem ingressar na máquina judiciária, sendo elas, *a conciliação, a mediação, a arbitragem, e a negociação.*

Segundo o autor, a *conciliação* é um dos meios mais utilizados para a resolução de conflitos, seja como forma de evitar o ingresso no judiciário, seja para dar mais celeridade à demanda. Na conciliação, a uma terceira parte, que auxilia os interessados a encontrarem uma plataforma de acordo, tendo em vista a resolução da disputa, limitando-se o conciliador a promover o contato entre as partes. O conflito é resolvido por meio do próprio consenso entre os litigantes, conciliador participa de maneira mais ativa no ato, podendo até mesmo sugerir soluções para o litígio, sendo mais aplicada a conciliação quando não havia um vínculo anterior entre os envolvidos, busca direcionar as partes para chegarem a um acordo onde há concessões e satisfação de ambas as partes.

Expõe o autor que, a *mediação* é bastante semelhante à conciliação, contudo, o mediador, somente pode agir de modo a facilitar o diálogo entre as partes, devendo estas encontrarem a melhor forma de acomodar ambos os interesses. A mediação é indicada para casos em que, devido à natureza do impasse, quer por suas características, quer pelo nível de envolvimento emocional dos litigantes, fica bloqueada a negociação.

A *arbitragem*, conforme resume o Malizia, é um método de resolução de conflitos, no qual as partes definem que uma pessoa ou uma entidade privada irá solucionar a controvérsia apresentada pelas partes, sem a participação do Poder Judiciário.

Por fim, para Malizia, a *negociação* consiste no diálogo entre os envolvidos em um conflito com vistas a resolvê-lo de forma amigável, sem a interferência de qualquer terceiro, permitindo a continuidade pacífica das relações interpessoais. Uma das formas mais conhecidas de negociação é o *plea bargain*, que será abordado ainda neste trabalho.

Estas formas alternativas de resolução de conflitos fazem parte de um conceito maior, que seria a chamada Justiça Restaurativa. Essa, segundo Bittencourt (2017), é uma técnica de solução de conflito e violência que se orienta pela criatividade e sensibilidade a partir da escuta dos ofensores e das vítimas. Esse é o conceito institucional, adotado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e a sua prática apresenta iniciativas cada vez mais diversificadas e já apresentou muitos resultados positivos, dando um novo direcionamento à maneira de compreender, viver e aplicar o direito penal.

Observa-se que, atualmente, a grande problemática enfrentada pela técnica da justiça restaurativa se deve à crescente demanda por Justiça, onde a comunidade jurídica e principalmente o Poder Judiciário do Brasil se viram obrigados a mudar suas mentalidades a fim de buscar formas

alternativas de solução de conflitos, não privilegiando apenas o método tradicional de ajuizamento de processos judiciais.

### II.III – Negociação: O *plea bargain* no Brasil

O Direito Penal torna objetivas demais as partes do processo, reforçando dicotomias, ao enfatizar os papéis da vítima e do agressor, tipificando-os; e focando na retribuição de fatos passados. Tornar a punição menos imediata e mais refletida demonstra-se, portanto, o grande desafio para a justiça penal de nossos dias. É crescente nesta área a valorização de institutos consentâneos com a noção de justiça consensual e com o modelo processual de estrutura cooperativa, de que são exemplos a *transação penal*, a *colaboração / delação premiada* e a adoção de medidas despenalizadoras, como o *acordo de não persecução penal*.

O *Plea bargain* é um instituto com origem nos países de sistema *common law*, sendo essencialmente um acordo entre a acusação e o réu, através do qual o acusado se declara culpado de algumas, ou todas, acusações, em troca de uma atenuação no número de acusações, e na gravidade delas, ou, ainda, na redução da pena a ser aplicada; Consiste basicamente num contrato entre a acusação e o acusado, sem a presença do juiz e, portanto sem a garantia da imparcialidade. Assim, resta ao Judiciário unicamente o papel de execução do acordo pactuado.

Os defensores do instituto alegam que o mesmo traz benefícios para ambas as partes, garantindo a responsabilização, evitando altos gastos estatais com o julgamento, diminuindo a quantidade de casos nas Cortes, possibilitando a concentração dos acusadores em casos mais complexos, e, ainda, faz com que o réu deixe de passar pelo constrangimento de um julgamento, não precisando arcar com todas as despesas do processo, e estabelece uma pena mais leve.

Assim, se analisarmos pelo ponto de vista dos apoiadores do *plea bargain*, a sua aplicação é bastante interessante em um país onde os tribunais encontram-se entupidos de processos que levam anos para serem sentenciados. Um exemplo destes apoiadores é o ex-juiz e ex-Ministro da Justiça, Sérgio Moro, que, se utilizando de um argumento utilitarista, chegou a afirmar que “haveriam mais condenações com menor custo”. Isso porque tal instituto tornaria desnecessária a instrução processual (oitiva de testemunhas, interrogatórios...), seria também dispensável a análise



por parte do Judiciário se o réu, de fato e de direito, praticou um crime ou não, de tal modo “diminuindo o trabalho” de todos os atores jurídicos.

Contudo, aponta Murilo Marques (2016), que o instituto suprime direitos fundamentais do acusado, uma vez que ao aceitar o acordo o réu abre mão de garantias referentes ao julgamento, como por exemplo, o julgamento por um juiz imparcial, e o direito à não-autoincriminação. Há ainda a possibilidade de o acusado ser pressionado a aceitar o acordo mesmo sem ser culpado, assim respondendo por um crime que não cometeu, existindo, portanto, uma grande disparidade de forças entre as partes acordantes, chegando a ocorrer coação, por parte da acusação, em determinados casos.

Igualmente, como indica BUCH (2019), a proposta do acordo no *plea bargain*, possui um caráter evidentemente autoritário, sendo que, ele limita o uso de remédios constitucionais, despreza o instituto a presunção de inocência e, ignora direitos fundamentais, como por exemplo, o devido processo legal. Estabelecendo assim, um atentado à Constituição pátria. Com a inserção do *plea bargain* em nosso ordenamento correríamos o risco de criarmos um “super-órgão” sem controle político e com amplos poderes nos futuros da justiça criminal, visto que, o Ministério Público atuaria como formulador e executor de políticas criminais, e com toda a independência funcional prevista em nosso País, isso seria um risco, desta forma, ficaria a população à mercê das vontades e ideais dos promotores adeptos ao já citado conservadorismo jurídico.

Outrossim, a aplicação deste instituto em um país onde grande parte da população não confia na isonomia do Judiciário, seria estar diante de uma enorme desconfiança da sociedade em relação acordos pactuados, visto que, de acordo com o relatório do ICJ Brasil (2016), apenas 29% dos entrevistados afirmaram confiarem no Poder Judiciário, desta forma, o que será pensado dos acordos feitos com portas fechadas, pois estes são sigilosos, e não públicos como é a regra nos processos judiciais comuns.

Ainda, conforme BUCH (2019), o *plea bargain* é travestido em uma espécie de coerção legalizada, pois, adotar este modelo é reconhecer que apenas a faixa mais vulnerável das pessoas fará acordos, e cumprirá as penas deles provenientes, em nome de um Poder Judiciário elitista. Em um país que ocupa o 3º lugar no ranking de países com maior população prisional no mundo, contando hoje, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN/2019), com mais de 750.000 pessoas presas, em sua maioria jovens, negros, econômica, educacional e socialmente

vulneráveis, moradores de zonas periféricas. A adoção deste instituto terá nessa população, já marginalizada e menos esclarecida, clientela principal do violento sistema de justiça criminal brasileiro, aumentando ainda mais a população prisional.

Acessório a isso, temos as considerações tecidas pelo professor Ricardo Paes de Barros, segundo ele, o alto encarceramento brasileiro, a educação e a economia, são fatos que caminham de mãos dadas. Observa-se que, aproximadamente 600.000 jovens, não devem concluir a educação básica anualmente, 17,5% dos estudantes brasileiros. E cada um que abandonam os estudos, deixa de contribuir com aproximadamente R\$375.000,00 para a economia nacional no final de sua vida, e ainda, segundo o autor este jovem que abandonou a escola precocemente receber um salário até 25% menor do que alguém termino a educação básica. Consequente, a baixa escolaridade e subsídios menores faz com que estes jovens tenham uma maior probabilidade de ingressar no sistema penitenciário, pelos motivos já expostos, como o *habitus crimínogeno* precário.

Registre-se ainda que, o sistema prisional está colapsado, com *déficit* de vagas em cerca de 50% (DEPEN/2019), não possuindo o Estado, condições de construir e manter mais vagas, havendo apenas um caminho lógico a ser seguido, qual seja o combate à cultura do encarceramento em massa e redução do número de pessoas presas.

#### **II.IV – Da relativização de princípios frente ao *Plea Bargain***

Ocorre que, com a aplicação da negociação no direito penal, por muitas vezes, direitos e garantias considerados fundamentais são relativizados, a fim de que seja possível a realização do acordo. Vemos assim, a supressão do princípio da presunção de inocência principalmente no quesito da regra probatória, e relativização do direito à não-autoincriminação, fora a grave afronta ao devido processo legal.

Ocorreria uma ofensa ao direito do *nemo tenetur se detegere*, que é o direito que todo cidadão tem de não produzir provas contra si mesmo. Que objetiva proteger o cidadão contra os excessos do Estado, dizendo que ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de uma infração penal, entretanto, tem-se que na negociação, a confissão ocorre como sendo um dos requisitos para a sua realização, como vimos acima, devem ser dispensados cuidados extremos neste sentido, para não haver qualquer forma de coação e nem coerção quando da confissão.

Quanto à presunção de inocência, o Art. 5º, LVII, CR/88 diz que, é o direito que todo acusado tem de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Entretanto, quando o pactuada a negociação, vemos que, o acusado, passa a ser tratado como culpado, suprimindo assim o importantíssimo princípio do *in dubio pro reo*, que preconiza que caso haja dúvidas acerca da culpa do réu, o juiz deve optar pela absolvição.

Por fim, no tocante ao devido processo legal, este engloba uma série de princípios constitucionais que asseguram o Direito de Ação e o Direito de Defesa, princípios como o do contraditório, que seria a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis, e da ampla defesa, que se refere ao direito que o réu tem de apresentar sua versão dos fatos por meio da defesa técnica e autodefesa. Quando realizado o acordo, o devido processo legal inexistente, pois o pacto, na maior parte das vezes, ocorre no fim da fase pré-processual, não incidindo assim, tal princípio, o que, pode gerar abusos na confecção do acordo.

De qualquer forma, é preocupante a desconsideração de princípios tão relevantes para o processo penal, o que, em última análise, significa que, não há constrangimento quanto à condenação, a negociação/acordo após todo o exposto pode ser entendida como uma condenação, e tampouco há alguma preocupação sobre o fato de enviar um potencial inocente para um sistema prisional em que esse apenado, se tiver sorte de sobreviver, sairá do sistema com diversos traumas. Isso muito se dá, devido a uma cultura jurídica bastante conservadora, que nunca chegou a integrar plenamente uma sociedade democrática, com compreensão das diferenças econômicas, níveis de escolaridade e culturas distintas (Souza, 2010).

Neste sentido, para demonstrar o conservadorismo jurídico aplicado no Brasil, LEONIDIO (2014) assevera que, apesar dos avanços no processo de recrutamento e formação dos magistrados, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, permaneceu como herança cultural destes magistrados uma certa mentalidade, que nunca chegou a incorporar plenamente aquela cultura democrática, baseada nos direitos humanos e universais, que foram a principal conquista da formação dos estados modernos. Como visto, as escolas de direito, têm se voltado, historicamente, para a formação de técnicos especializados na aplicação do direito e da lei. Predominando o baixo nível de diálogo com outras disciplinas, bem como a baixa capacidade de interpretar os fatos frente a processos sociais concretos.

## II.V – Colaboração premiada, a face mais famosa do *plea bargain* no Brasil

A colaboração premiada, conforme lição dos doutrinadores Cleber Masson e Vinicius Marçal (2018), é um meio especial de obtenção de prova, por meio do qual o coautor ou partícipe, visando alcançar algum prêmio legal, qual seja, redução da pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, cumprimento de pena em regime diferenciado, imunidade processual, e ainda o perdão judicial, coopera com os órgãos de persecução penal confessando seus atos e fornecendo informações objetivamente eficazes quanto à identidade dos demais sujeitos do crime, à materialidade das infrações penais por eles cometidas, a estrutura da organização criminosa, a recuperação de ativos, a prevenção de delitos, ou a localização de pessoas.

Essa colaboração, inspirada no *patteggiamento* (Legislação premial italiana), e na *plea bargain*, se insere no contexto maior do chamado Direito penal premial e representa uma tendência mundial, justamente por ser, nas palavras do Min. Ricardo Lewandowski, “um instrumento útil, eficaz, internacionalmente reconhecido, utilizado em países civilizados” (HC 90.688/PR). Caracterizando, o *plea bargain*, quando o colaborador, e os persecutores penais, negociam benefícios em troca de informações úteis à investigação.

A história recente mostra-nos o uso da colaboração premiada para o desbaratamento de grandes esquemas montados por organizações criminosas, como ocorreu na seara da operação “Lava Jato”, no Brasil, e “Mãos Limpas”, na Itália, quando conglomerados do crime voltados especialmente para as práticas corruptas foram revelados e desbaratados, em grande parte, devido à delação dos agentes arrendidos.

Contudo, como toda inovação legislativa, esta não está livre de críticas, colhe-se na doutrina de Guilherme de Souza Nucci, uma série de argumentos contrários à colaboração premiada, *in verbis*:

- a) Oficializa-se, por lei, a traição, forma antiética de comportamento social; b) pode ferir a proporcionalidade na aplicação da pena, pois o delator recebe pena menor que os delatados, autores de condutas tão graves quanto as deles; c) a traição, como regra, serve para agravar ou qualificar a prática de crimes, motivo pelo qual não deveria ser útil para reduzir a pena; d) não se pode trabalhar com a ideia de que os fins justificam os meios, na medida em que estes podem ser imorais ou antiéticos; e) a existente delação premiada não serviu até momento para incentivar a criminalidade organizada a quebrar a lei do silêncio; f) o Estado não pode aquiescer em barganhar com a criminalidade; e por fim, g) há um estímulo a delações falsas

e um incremento a vinganças pessoais” (Leis penais e processuais penais comentadas. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. V.2, p.728-729).

Em posição absolutamente oposta, Rogério Greco (2019), aponta que, apesar de inúmeras críticas, dirigidas ao referido instituto pelos mais diversos segmentos da ciência jurídica, a delação premiada é ferramenta da qual não se pode abstrair no âmbito de uma investigação que se pretende ser séria, e minimamente eficaz contra atos da criminalidade organizada. O aparelhamento tecnológico e o nível de sofisticação das organizações criminosas, a forma calculada e amplamente planejada com que se realizam os atos criminosos de sorte a lançar uma cortina de fumaça sobre os seus reais envolvidos, tudo isso deixa o investigador na dependência direta de um colaborador, o que torna extremamente valiosa uma delação.

Greco ainda ressalta que, é preciso desconfiar e sopesar as razões que moveram o delator a fim de se evitar a legalização de denúncias caluniosas. Todavia, a exigência de cautela não pode significar o rechaço puro e simples de tais importantes institutos sob o manto de que seriam, todos, marcados por uma imoralidade que macularia irremediavelmente o instituto.

Como lecionam Masson e Marçal (2018), existem razões práticas que justificam a adoção deste instituto em nosso ordenamento jurídico, a saber: “a) a impossibilidade de se obter provas, em virtude da “lei do silêncio”, que vige no seio das organizações criminosas; b) a oportunidade de romper o caráter coeso das organizações, criando uma desagregação da solidariedade interna em face da possibilidade da colaboração premiada”.

Percebe-se aqui, uma aplicação do *plea bargain*, que apesar de controvérsias, vem sendo bastante utilizada no Brasil, e que de certa forma, vem servindo como um instrumento para se garantir a pujança da legislação penal, e combater ao crime organizado.

## **II.VI – A transação penal: medida de resolução de conflitos penais**

A transação penal é um instituto despenalizador pré-processual previsto no art.76 da Lei 9.099/95, que se baseia no direito penal consensual, é cabível no caso dos chamados “crimes de menor potencial ofensivo”, os quais possuem pena máxima *in abstracto* de 2 (dois) anos, ou contravenções penais (independentemente da pena máxima cominada).

Esse instituto nada mais é que um acordo firmado entre órgão acusatório e o autor do fato delitivo, com a finalidade de impor o cumprimento de penas restritivas de direito ou multa, imediatamente, sem que seja necessário formalizar o processo criminal. Portanto, por meio da transação penal, a culpa do autor do fato não é discutida, bem como os males inerentes ao processo são evitados.

Registre-se que a decisão homologatória de transação penal não possui natureza condenatória, ou seja, o autor do fato não será considerado culpado, até mesmo porque não há o devido processo legal, o autor aceita a proposta justamente para que a sua culpa não seja auferida, esta não gerará reincidência e não poderá ser considerada como mau antecedente.

Assim, nas lições de NUCCI, o acordo será registrado tão somente para que o autor não seja beneficiado novamente em um período inferior a 5 anos:

Registro da penalidade: faz-se o registro da pena aplicada para o fim exclusivo de evitar nova transação no período de cinco anos posteriores ao trânsito em julgada da decisão homologatória do acordo. Não servirá o mencionado registro para ser considerado como antecedente criminal, em relação a futuros e eventuais delitos que o autor do fato possa cometer. Essa, aliás, é a grande vantagem trazida pela transação penal. Há uma punição, mas sem as consequências secundárias que a condenação criminal acarreta (Leis penais e processuais penais comentadas. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. V.2, p.399).

Podendo, se falar aqui em aplicação do *plea bargain*, e de medida acesso à justiça, visto que, o suposto infrator de uma lei penal, é sancionado de certa forma, não sendo necessário o início a um processo criminal, além do mais, é facilitado o acesso da vítima à tutela jurisdicional, em um procedimento desburocratizado e célere, o que de certa forma é uma face da justiça restaurativa.

## **II.VII – O pacote anticrime e a inclusão do acordo de não persecução penal**

A lei 13.964/19, mais conhecida como “pacote anticrime”, reforçou diversas iniciativas “despenalizadoras”, são exemplos: a) a exigência de representação da vítima no crime de estelionato – art.171, §5º do CPB; b) a contemplação de adicionais regras sobre colaboração premiada; c) a possibilidade de acordos em demandas sobre improbidade administrativa; d) a



viabilidade de celebração de “acordo de não persecução penal” em crimes sem violência ou grave ameaça dotados de pena mínima inferior a 4 (quatro) anos.

Segundo as lições de Fernanda Tartuce (2020), o acordo de não persecução penal se destaca como instrumento pioneiro de política criminal: o consenso entre as partes se estabelece em um ambiente de coparticipação racional, mediante vantagens recíprocas que concorrem para a aceitabilidade no cumprimento da medida mais efetiva. Tal sentimento eleva o senso de autorresponsabilidade e comprometimento com o acordo, atributos que reforçam a confiança no seu cumprimento integral.

Outrossim, como ressaltam René Ariel Dotti e Gustavo Scandelari (apud Tartuce, 2020):

A principal vantagem ao jurisdicionado é a possibilidade de que a sanção seja menor do que a que seria aplicada caso houvesse sentença de conhecimento após a regular produção de provas. É, no fundo, uma análise de riscos a ser feita pelo investigado em conjunto com sua assistência jurídica.

Contudo, conforme o já exposto, principalmente no item “II.III – *Negociação: O plea bargain no Brasil*”, que trata da aplicação do *plea bargain* no Brasil, deve-se atentar para a aplicação de limites no acordo, como forma de existir freios contra o abuso. Neste sentido, integrantes do grupo de prerrogativas constitucionais, apontam que: “Obviamente que na relação entre desiguais, Estado acusador x particular acusado, a liberdade negocial é ilusória e opressiva, cabendo à lei demarcar o limite do poder de punir. Um freio contra o abuso. E a negociação no Processo Penal é como um remédio forte, que se bem ministrado, pode salvar o paciente, mas se abusarmos da dose, vira veneno e mata”.

Neste sentido, TARTUCE (2020) demonstra que, há diversas críticas ao acordo de não persecução penal, sobretudo as de que: a) réus pobres não teriam condições de contratar bons advogados para fazerem acordos justos, b) a acusação poderia pressionar o réu com imputações desproporcionalmente graves para levar a defesa a um acordo ruim, c) o modelo afastaria a população do Poder Judiciário.

Portanto, o acordo de não persecução penal, pode ao mesmo tempo ser algo benéfico ao processo judicial, visto que o torna mais célere, e até certo ponto, eficaz, já que é aplicada alguma sanção ao acusado, não ficando o delito impune. Entretanto, como o já apontado anteriormente, há

um risco quando da aplicação deste instituto, caracterizado pelo não seguimento do devido processo legal, norteador do Direito Penal.

### **III – CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Temos que a difusão da justiça restaurativa no direito brasileiro vem sendo arquitetada sobre novos interesses e valores que surgiram na seara jurídica criminal, que nos demonstraram a urgência de se questionar as limitações do sistema penal atual e a necessidade de buscar, com embasamento científico, alternativas mais humanas e adequadas. Em análise última, é exatamente esse o grande mérito da justiça restaurativa, vale dizer, alcançar, em muitos casos, a pacificação das relações sociais de forma mais efetiva, a partir da ideia de atendimento dos indivíduos diretamente afetados para recolocá-los em uma circunstância melhor do que a crise em que se encontram, alçá-los a uma situação ideal, desejada não só para eles, mas por todos os sujeitos de direito tutelados pelo ordenamento.

Diante tudo que foi dito, temos que a negociação, ou melhor dizendo, o *plea bargain* no Brasil, é algo que já vem sendo aplicado e com certo êxito, como por exemplo a Transação Penal introduzida pela Lei 9.099/95, o Acordo de Colaboração Premiada usado como meio de prova no desmantelamento de Organizações Criminosas, e ainda, com a nova face das medidas despenalizadoras, o Acordo de Não Persecução Penal, inserido pela Lei 13.964/2019, mais conhecida como o chamado “pacote anticrime” do governo atual.

Entretanto, como o aduzido em todo este debate, a negociação, pode trazer alguns riscos para a ordem jurídica, pois, em diversos casos, vê-se a supressão de direitos e garantias fundamentais, tais como a não autoincriminação, relativização da presunção de inocência, bem como o desrespeito ao devido processo legal. Devendo, assim, serem dispensados cuidados extras, fazendo necessária a presença de um defensor qualificado, bem como a presença do Juiz, a fim de ser preservada a ordem constitucional.

De tal modo, torna-se fulcral, ante a possibilidade de aplicação do *plea bargain* no Brasil, a necessidade de fiscalização nos acordos realizados, haja vista que, ao dar liberdade para o Ministério Público realizar os acordos com base no que entende ser correto, seria criar um órgão sem limites, dada toda independência funcional da instituição. Neste sentido, seria indispensável

também aumentar o poder de barganha do acusado para celebração do pacto, propiciando assim, de forma plena e irrestrita o acesso à tutela jurisdicional, sem deixar, também, que prevaleça a impunidade.

Ante todo exposto, a aplicação da negociação no Brasil como forma de reduzir a morosidade do judiciário, e dar maior eficácia à tutela jurisdicional, se e quando realizada, deverá ocorrer de maneira regrada, respeitando os princípios processuais e constitucionais já sedimentados, estabelecendo limites nas negociações, garantindo a presença de magistrado e advogado para celebração do pacto, até porque, a Constituição e os princípios e direitos fundamentais, bem como o próprio Estado Democrático de Direito precisam ser respeitados acima de tudo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Ricardo Paes. **Evasão escolar custa R\$124 bilhões**. 2019. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/politicas-publicas/custo-evasao-escolar/>. Acesso em: 15 agosto 2020.

BITTENCOURT, Ila Barbosa. **Justiça restaurativa**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/138/edicao-1/justica-restaurativa>. Acesso em: 18 de maio de 2020.

BUCH, João Marcos. **Plea bargain e sua inaplicabilidade no direito brasileiro**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/294189/plea-bargain-e-sua-inaplicabilidade-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 29 de abril de 2020.

CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos**: instrumentos de ampliação do acesso à Justiça. Rio de Janeiro, 2012.

GRECO, Rogério. **Organização Criminosa**: Comentários à Lei n.12.850/2013. Rogerio Greco, Paulo Freitas. – Niterói, RJ: Impetus, 2019. 208p.

JESUS, T.A. Política Criminal, Polícias e Segurança dos Direitos em Tempos de Regressão - Entrevista Especial com Vera Malagutti de Souza W. Batista e Nilo Batista. Revista de Políticas Públicas, 2019.

LEONIDIO, Adalmir. **A criminalização do MST e a formação dos operadores do sistema de justiça no Brasil**. Universidade Estadual de Londrina, Brasil. 14 de Julho a Dezembro de 2014. Acesso em: 09 set 2019. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/1933/193332875020.pdf>.  
LOPES, Aury. **Desconstrução do pacote "anticrime" de Moro e o freio contra o retrocesso**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-08/desconstrucao-pacote-anticrime-moro-representa-vitoria>. Acesso em: 29 de abril de 2020.

MASSON, Cleber. **Crime Organizado**; Cleber Masson, Vinicius Marçal. – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

MARQUES, Murilo. **Os perigos do plea bargain no Brasil**. 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/400578643/os-perigos-da-plea-bargain-no-brasil>. Acesso em: 29 de abril de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentada**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v.2.

SOUZA, Jessé. **Ralé Brasileira: Quem é, e como vive**. Belo Horizonte: editora UFMG, 2009.

TARTUCE, Fernanda. e, BERALDO, Maria Carolina Silveira. **Valorização da autonomia e abertura ao consenso no “pacote anticrime”** - 2020. Disponível em: <https://migalhas.com.br/depeso/319060/valorizacao-da-autonomia-e-abertura-ao-consenso-no-pacote-anticrime>. Acesso em: 29 de abril de 2020